

タイトル	未遂犯と中止犯(9)・完
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 50(1): 25-55
発行日	2014-06-30

# 未遂犯と中止犯 (9)・完

吉 田 敏 雄

未遂犯と中止犯 (9)・完

- 第一章 未遂犯 未遂犯の意義
  - 二 未遂犯の処罰根拠
    - 1 ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
      - B A 法規定
      - 2 オーストリア刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
        - B A 法規定
        - 3 スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況
          - B A 法規定
          - 学説の状況
  - 三 構成要件
    - 1 主観的構成要件
      - a 犯行計画
      - b 決意
      - c 故意
    - 2 客観的構成要件
- 4 日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況
  - A 学説の状況
    - a (純粋)主観的未遂論
    - b 客観的未遂論
      - a a 行為無価値論的客観的未遂論
      - b b 結果無価値論的客観的未遂論
  - B 未遂犯の処罰根拠の検討

(以上第47巻第1号)

- A ドイツ語圏刑法学・判例の状況
  - a 形式的客観説（構成要件説）
  - b 実質的客観説
  - c 主観説
  - d 主観的客観説（個人に依じた客観説）
  - e 最近の判例の動向
  - f 部分行為説の具体化（ロクスティーン説）
- B 我が国の学説
  - a 主観説
  - b 客観説
  - a a 形式的客観説（構成要件基準説）
  - b b 行為無価値論的実質的客観説
  - c c 結果無価値論的実質的客観説
  - c 折衷説
  - a a 主観的客観説
  - b b 客観的主観説
- C 未遂行為（予備と未遂の区別）
  - a 実行行為
  - b 実行行為に接着する先行行為
  - c 犯罪行為態様別の検討（以上第47巻第3／4号）
- D 間接正犯
  - a ドイツ語圏刑法学説
    - a a 厳格説（全体解決策）
    - b b 影響力行使説
    - c c 修正影響力行使説
    - d d 区別説
    - e e 一般説
  - b 我が国の刑法学説
    - a a 利用者説
    - b b 修正利用者説
    - c c 被利用者説

- E 個別化説
  - d 要約
  - e 結果的加重犯における未遂
  - a 基本犯が未遂にとどまり、この未遂から重い結果が発生した場合
  - b 重い結果が故意に含まれているが、重い結果は発生しなかった場合
- 3 客観的帰属
  - A 行為の帰属
    - a 経験的行為危険
    - b 規範的行為危険
  - B 結果の帰属
    - a 経験的結果危険
    - b 規範的結果危険
  - c 仮定的適法代替行為
- 四 違法性
  - 五 責任
    - 第二章 不能未遂
      - 一 不能未遂の可罰性の規準
        - 1 ドイツ語圏刑法学説
          - ① 主観説
          - ② 客観説
          - ③ 構成要件欠如の理論
          - ④ 折衷的主観的客観説（印象説）
        - 2 ドイツ語圏の法規定
          - a オーストリア
          - b スイス
        - 3 我が国の刑法学説
          - ① 純主観説
          - ② 主観的危険説（抽象的危険説）

（以上第48巻第1号）

- ③ 具体的危険説 (新しい客観説)
- ④ 客観的危険説 (古い客観説 絶対的不能・相対的不能説)
- ⑤ 定型的危険説
- 二 不能性の概念
  - 1 不能性の意義
  - 2 絶対的不能と相対的不能の區別
- 三 不能未遂の原因
  - 1 手段の不能と客体の不能
  - ① 手段(行為)の不能
  - ② 客体の不能
  - 2 主体の不能
- 四 判例
  - (1) 手段の不能
    - a 手段の効果について錯誤があつた場合
    - b 手段の作用について錯誤があつた場合
  - (2) 客体の不能
- 五 幻覚犯
- 第三章 中止犯
  - 一 中止犯の根拠
  - (2)(1) ドイツ語圏刑法の法規定
  - (1) ドイツ語圏刑法学における議論状況
    - a 法律説
    - b 黄金の架け橋説
    - c 褒賞、恩恵ないし称賛説
    - d 刑罰目的指向説
    - e 責任履行説
    - f 相殺説
  - (3) 日本刑法学における議論状況
    - a 黄金の架け橋説
    - b 法律説
    - a a 違法性減少説

(以上第48巻第2号)

- b 責任減少説
- c 違法性・責任減少説
- c 総合説(併合説)
- d 可罰性減少説
- e 積極的特別予防説
- (4) 中止未遂の減輕・免除の法的根拠と法的性質
  - (1) 中止未遂の不適當な未遂犯
    - a 失効未遂
    - b 反復のないし継続的行為が可能の場合の失効未遂?
    - c 失策未遂
  - (2) 構成要件外的目的を達成した未遂
    - (1) 未終了未遂(着手未遂)と終了未遂(実行未遂)の區別
    - (2) 概説
  - 三 行為者の表象時点
  - 四 中止未遂の成立要件
    - (1) 任意性
      - (2)(1) 中止行為
        - a 未終了未遂の中止
        - b 終了未遂の中止
  - 五 誤想中止
    - (1) ドイツ語圏刑法
      - (2) 終了不能未遂
      - (3) 終了失策未遂
      - (4) 因果關係の断絶
      - (5) 結果の客観的帰属の不存在
      - (6) 任意性と真摯性
  - 六 予備の中止
  - 七 結果的加重犯の中止
  - 八 中止犯の効果
    - (以上本号)

(以上第49巻第3号)

(以上第49巻第4号)

b 終了未遂の中止 未遂が既に終了した場合、構成要件的结果の発生を任意に阻止したとき、終了未遂の中止犯が成立する。この場合、どのみち発生しなかったであろうといえる結果を回避するということはできないのであるから、この終了未遂は不能未遂でもなく、客観的に失敗した（失策未遂）のでもないことが前提となる<sup>(20)</sup>。

行為者には、さらなる行為の続行を必要とすることなく、既遂に至る、かすかにすぎないとはいえない危険性のあることの意識が必要となる（危険意識）。それによって、終了未遂の中止の主観的要件として救助をする決意、すなわち、既遂を阻止することに向けられる決意、したがって、行為者は結果の発生を回避するための効果的な対抗活動を行うことが可能となるのである。行為者は、認識と意欲をもって既遂の阻止に向けられた行為をしなければならぬ<sup>(21)</sup>。阻止の「目的」は必要でなく、通常の阻止故意、したがって、未必の阻止故意で足りるが、構成要件的结果の発生をうっかり間違えて回避したとき、主観的要件は満たされないととなる<sup>(22)</sup>。しかし、行為者が直ちにではなく、少し時間がたってから、例えば、逃亡した後で救助の決意をした場合でもよい<sup>(23)</sup>。

行為者は自分の行為が少なくとも、結果の発生を阻止するのに適切であると考えねばならないのである<sup>(24)</sup>。行為者は「自分の確信に拠って」結果回避に必要なことをしなければならぬ。中止行為によって犯行隠蔽といった他の目的にも役立たせようとする場合でも、阻止故意は認められる<sup>(25)</sup>。しかし、救急車を呼ぶといった救助行為が専ら犯跡隠蔽のためであるとき、阻止故意は認められない<sup>(26)</sup>。

行為者は、自らの手によって（自手性）、結果の発生を阻止する必要はない。行為者が、自分の代わりあるいは自

分とともに結果を阻止する第三者（例えば、医師）の助けを借りてもよい。しかし、先取りされた中止というものはない。例えば、致命傷を与える決闘のためにあらかじめ医師を呼んでおくといった場合である。

問題となるのは、終了未遂の中止が成立するための行為とは客観的に見ていかなる性質のもでなければならぬのかである。わが国の判例・通説は「真摯性」を要求している。ドイツ語圏刑法学説には、行為者には構成要件の結果の発生を阻止するための「ぎりぎりの努力」をすることが要求される、つまり、結果を阻止することのできる複数の手段があるとき、行為者は最も確実な手段（最適ないし最善救助行為）を選択すべきであり、そうしないときは阻止行為とは認められるべきでないとする見解（最適行為説）が見られる。本説によれば、殺人行為者が救急車を呼ぶだけでは足りず、それが到着するのを現場で待ち、到着したら直ちに具体的状況を説明しなければならない。

この問題については、行為者が単独で対処する場合と、他人をも煩わす場合に分けて検討する必要がある。行為者が**単独の行為**で既遂を阻止する場合、先ず、行為者が構成要件の結果の回避のためにもかくも**（共）因果関係**を生じさせる因果連鎖を動かすことが必要である。行為者が、より確実に既遂を阻止するために、より良い、より迅速な救助行為をすることができたにもかかわらず、そうしなかったとしても、そのことで行為者を非難することはできない（「終わりよければ、全てよし」）。しかし、最適阻止行為は要求されないものの、次に、結果の阻止は行為者に「その仕業として客観的に帰属されうる」ものでなければならぬ（**阻止結果の客観的帰属**）。偶然に結果を回避したというだけでは足りない。すなわち、行為者が、「危殆化された法益を救助する重要な機会を創設し、この機会が既遂に至らなかったという形で実現された」ということが必要である。行為者が、必ずしも最適とは云えないが、救助に適し

た行為を行い、この行為により構成要件の結果の発生を阻止するというだけで足りる。例えば、行為者がその毒を盛られた被害者に嘔吐剤を与え、その命を守ったという場合、嘔吐剤を与える行為と死の結果阻止との間に因果関係があるばかりでなく、阻止結果の客観的帰属も可能である。嘔吐剤を与えるということが、医者と呼ぶといった最適救助行為ではないものの、救助の見込みを適切にも高めたのであり、そして実際にそれが実現したからである。

このように、行為者が単独で結果阻止行為をして、実際に結果の発生を阻止した場合には、阻止結果の客観的帰属で足りる。この場合、行為者が被害者をより良く、より迅速に、より危険にさらすことなく結果を妨げることができたか否か、信頼するに足る阻止行為をしたか否かは問題とならないからである。「不発生という結果が行為者を正当化する」と云える。しかし、「教唆」の形態をとる場合のように、他人の行為をあてにするときには、行為者には結果発生を阻止するための最適とまではいえないものの、信頼するに足る阻止行為が要求されるべきである。他人の行為をあてにして結果の発生が阻止される時、行為者は他人が救助行為し、結果を阻止することに頼ることとなる。そうすると、行為者は、頼ってもいいと見られるような結果の発生を阻止するための信頼するに足る行為をしなければならぬ(いわゆる必要説)。例えば、殺人犯が瀕死の重傷を負わせた被害者を救うべく、本来なら消防に通報し救急車を呼ぶべきところ、警察に通報する行為は、最適阻止行為とはいえないものの、信頼するに足る行為といえよう。信頼するに足りる行為は被害者保護の観点からも支持されよう。行為者に容易に中止未遂が認められるほど、行為者はいつそうかつとなつて致命的行為をしやすくなるといえよう。それに、行為者が信頼に足る行為をすることが、自分を犯人として露見することを伴うものでもないし、又、行為者は匿名で最適阻止行為をすることもできる。

他人が関与する場合として、先ず、**幫助**の形態をとる場合、被害者自身が救急車を呼ぶのに電話をかけようとしているとき、行為者が被害者に電話機を渡すとか、第三者が被害者を病院へ搬送するため自分の自家用車に入れた後、行為者が搬送の手伝いをするといった場合、行為者は、被害者や第三者が単独で着手した結果阻止行為に「幫助者」として支援したことになり、結果阻止はそもそも行為者の「**仕業**」ではなく、被害者や第三者の「**仕業**」であり、結果不発生の客観的帰属が否定される<sup>(2)</sup>。しかし、第三者や被害者が結果回避行為をする上で行為者の「**非代替救助行為**」があるときは別である。例えば、行為者だけが具体的状況下で搬送手段を有しているとき、救助者を被害者のところまで輸送するといった場合、信頼するに足る行為が認められる<sup>(3)</sup>。

行為者が、「**間接正犯**」のように、脅迫によって他人を自分の道具として結果阻止に利用する場合、行為者の行為支配が認められる。例えば、救助意思のない自動車運転者に拳銃を突きつけて、重傷者を病院へ搬送させるといった場合である。行為者がいわば「**共同正犯**」のように他人と一緒に結果の発生を阻止するとき、例えば、川に突き落とされた被害者を行為者とその救助活動の求めに応じた、たまたま通りかかった通行人と一緒に川から引き上げるといった場合も、行為支配が認められる<sup>(4)</sup>。

「**教唆**」の形をとった場合、行為者が専門職(医師、消防等)の救助を呼び、必要とあらば、それが来るまで応急措置をするとか、到着した後は状況の説明をするのは最適阻止行為であるが、結果の確実な制御のできない非専門職に救助を依頼するのは信頼するに足る行為とは云えないし、ましてや、最適阻止行為とはいえない<sup>(5)</sup>。「妻殺人未遂事件」では、行為者が、必要なことは何でもしてしてほしい」と母親にいうだけでは、最適阻止行為はおろか、信頼するに



説 足る阻止行為も認められない。

論

「教唆」に類似の類型として、行為者が、他人に結果阻止への介入を要求されているように感じさせるような、状況を設定するに過ぎない場合、例えば、「病院事件」のように、行為者が瀕死の重傷を負った被害者を病院の近くに遺棄したという場合、適切な救助の機会を創設し、声をかけられたと感ずる通行人が救助をするとき、行為者に客観的に帰属可能な結果阻止が認められても、それだけでは信頼するに足る行為とはいえない。行為者は病院まで、単なる発見者を装ってでも、病院へ搬送できたからである。被害者を病院の近くでなく、偶然に傍を通る救急車に被害者を拾ってもらうことを期待して、路上のどこかに遺棄する場合には、行為者が第三者による結果回避の可能性を創設したに過ぎないとき、客観的帰属すら認められない。<sup>119)</sup>「放火事件」のような場合も、行為者自身の消防への通報が信頼するに足る行為である。<sup>120)</sup>

結果の発生を實際に回避したということが終了未遂の不可欠の前提となのは、結果が発生してしまえば既遂なのであり、既遂成立後は「行為による悔悟」の問題となり、これはごく例外的に刑罰の減免が可能となる。結果回避の努力をしたにもかかわらず結果が発生すれば、**失策中止** (Misslungener Rücktritt) は行為者がこれを負うことになる。<sup>121)</sup>中止の失策は未終了未遂におけるよりは終了未遂において問題となることが多い。例えば、高性能の爆薬の入った小包爆弾を送りつけられた被害者がそれを開けて爆死してしまっただが、行為者はその爆発を阻止すべく被害者宅に急行中だったが、自動車にはねられ意識不明の状態で病院に搬送され、結局、爆発を阻止できなかったという場合、行為者は殺人既遂罪に問擬される。同様に、被害者に毒物を渡し、その後、後悔の念から計画の放棄をする行為者に中止

未遂が認められるか否かは、被害者に適宜治療を受けさせることに成功したか否かにかかるとは。しかし、被害者が行為者の努力にうまく逆らって、結局、死の結果が発生するとき、これを行為者に帰属することはできない。この結果の発生はもはや「行為者の仕業」とはいえないからである。<sup>②</sup>

## 五 誤想中止

### (1) ドイツ語圏刑法

結果の発生しない理由が行為者の中止行為にあるとはいえないとき、一般に誤想中止 (Putativrücktritt) と呼ばれる。ドイツ刑法第二四条第一項第二文、オーストリア刑法第一六条第二項、スイス刑法第二三条第三項は誤想中止を定めている。しかし、誤想中止が中止犯の一種として認知されるようになったのはそう古いことではない。オーストリア旧刑法第八条第一項は「犯罪の完遂が無力、他人による妨害の発生又は偶然によって生じなかった」場合にだけ可罰的未遂を認めていたので、学説・判例はその反対推論から、任意の、犯罪を妨げる行為は不処罰だと理解していた。未終了未遂では、行為者は以後の行為を断念しなければならない。終了未遂では、行為者は自己の行為によって結果を回避しなければならぬ。すなわち、中止未遂が成立するためには、行為者の中止行為と、行為者の未遂行為に起因する結果が発生したことの間に因果関係の存在することが要求されたのである。したがって、客観的には、なお既遂を招来させる可能性があることが前提となっている。そうすると、未終了の、相対的不能未遂では、行為者が、その不能であることを知らずに、任意に実行行為を放棄すれば、中止未遂として不処罰とされるものの、終了の、相対的不能未遂では、結果は発生しえないし、回避されないので、可罰的未遂犯が成立することとなる。終了未遂の場合も、第三者の介入とか偶然によって結果が発生しなかったとき、可罰的未遂が成立することとなる。

行為者はもはや起こらなかった結果を阻止することはできないからである。<sup>②</sup>

しかし、危険な有能未遂にあつては常に中止の可能性が認められるのに対し、よりによつて危険でない未遂には中止未遂が認められないとすることによつて生ずる著しい不均衡に対する疑問から出立し、伝統的中止犯概念から離れたのが一九一三年のドイツ委員会草案である。その第三一条第一項第二文は、「未遂が既遂にいたり得なかつたとき、結果を回避する真摯な努力で十分である」と定めたのである。本草案は一九一九年のドイツ予備草案第二五条第二項第二文に引き継がれた。<sup>③</sup>

オーストリアでは、第一次世界大戦後、ドイツとオーストリアの間に法典統一化への動きが見られ、一九二二年に共同刑法草案が作成された。その第二四条第二項第二文は誤想中止犯を定めた。本条項は、一九一三年の委員会草案一九一九年のドイツ予備草案よりも広く、未遂が既遂にいたり得なかつた場合だけでなく、未遂が失策し、行為者がこれを知らなかつた場合にも誤想中止犯を認めたのである。後者の場合にも、結果発生の可能性が欠如していたという事情が考慮されたのである。かくして、失策有能未遂が、不能未遂と同様に危険でないものと認識され、両者を等しく扱うことが公平の理由から必要とされたのであつた。<sup>④</sup>

一九二二年草案の当該規定は一九二五年の一般ドイツ刑法典予備草案に引き継がれた。後者は一九二七年の一般ドイツ刑法典草案及びオーストリア刑法草案に引き継がれ、ドイツライヒ議會、オーストリア國民議會で審議されることとなつた。一九二七年草案第二七条第三項は誤想中止犯を特定の未遂形態（不能未遂、失策未遂）から切り離し、

「結果が中止者の関与がなくても生じなかつた」とき、しかも行為者がそのことを何ら知らなかつた全ての場合に適用可能としたのである。一九三〇年草案もその第二七条第三項に同じ規定を設けた。しかし、その後の政治状況はドイツ、オーストリア共同草案の立法化を許さなかつたのである。<sup>②③</sup>

戦後、オーストリアでは一九五四年に刑法改正審議が再開された。カデチカ (F. Kautschka) が刑法草案作成の委員長を務めた。カデチカはドイツとの諸共同草案を取り上げ、誤想中止 (第一七条第二項) を定めた法案を審議の対象とした。これは一九二七年と一九三〇年草案の文言にほぼ対応するものだった。これは一九六〇年の委員会草案でも維持され、一九七五年の現行法となつた。<sup>②④</sup>

ドイツの旧刑法第四六条第二文は結果の発生を實際に妨げた行為者だけを不処罰とした。この規定はオーストリア旧刑法の中止概念に相応した。ライヒ裁判所は、未終了の不能未遂では中止の可能性を認めていたが、終了の不能未遂では、生じ得ない結果が妨げられるということはありえない、少なくとも行為者によつては妨げられることはありえないという理由から中止の可能性を否定していた。一九四三年に新たに起草されたドイツ刑法第四九条 a 第四項は、所為が共犯者の関与がなくても生じないが、共犯者が任意に且つ真摯に行為を阻止する努力をする場合、共犯者を不処罰とすることを定めていた。この規定により、正犯者への類推適用の可能性が開かれ、実務もこれに従つた。このようにして生じた慣習法を明文化したのが一九七五年の現行法第二四条第一項第二文である。<sup>②⑤</sup>

スイス旧刑法第二一条第二項は行為者が自発的に可罰的行為を終了させない場合 (未終了未遂) を、同二二条第二

項は行為者が自発的に結果の不発生に寄与するか結果の発生を阻止する場合（行為による悔悟）を定めていたが、イス旧刑法は誤想中止に関する規定をもたなかった。行為者の行為が実際には結果発生回避に寄与しなかったとき、行為による悔悟の規定は適用されないことになる。そこで、結果が行為による悔悟とは異なった理由から生じないときでも、行為者の貢献が減少するわけではないので、行為者が自分の視点からは行為による悔悟と見られる行為をしたとき、行為による悔悟の規定が少なくとも類推適用されるべきとの批判が見られた。<sup>(20)</sup>二〇〇七年の現行刑法はその第二三条第一項に未終了未遂と行為による悔悟をまとめて規定するとともに、第三項に誤想中止の規定を新設した。

日本刑法は誤想中止に関する規定はないが、公平と刑罰目的という観点から、誤想中止には中止未遂に関する規定が適用ないし準用されるべきである。<sup>(21)</sup>

## (2) 終了不能未遂

中止犯は不能未遂でも可能である。絶対的不能未遂の場合には理論的には中止未遂が考えられるが、絶対的不能未遂はそもそも不処罰とされるべきであるから、中止犯の成立を論ずる必要がない。したがって、客体又は行為の相対的不能だけが残る。

未終了の不能未遂では、未終了未遂の中止犯の要件が適用され、実行行為の任意の最終的放棄があれば足りる。終了不能未遂では、発生し得ない結果を阻止することは論理的にはありえないから、終了未遂の中止犯の要件を適用できないことになる。しかし、この結論は刑事政策的に望ましくない。終了不能未遂の行為者は、その行為が障

害未遂の行為の危険性よりも小さいのにも関わらず、障害未遂の行為者よりも不利益に扱われることになるからである。結果は行為者とは関係なく生じなかつたのであるが、しかし、行為者がこのことを知らず、自発的且つ真摯に結果回避の努力をするとき、中止未遂が認められるべきである。例えば、甲が乙に殺害の目的で、致死量に足ると思い違いをして実際には足りない量の毒物を渡し、後に結果の発生を回避するために自発的且つ真摯な努力をするとき、この努力は決してうまくいかない。というのは、結果はどの道生じないからである。しかし、中止犯の成立を認めるべきである。こういった行為者を、同様の努力をするが、致死量に足る毒物を渡した者と比較して、不利益な扱いをすることは不公平だからである<sup>(30)</sup>。

### (3) 終了失策未遂

失策未遂というのは、当初は結果の発生が可能だったが、他人が結果の発生を妨げたときのように、外的偶然から結果が発生しなかつたあらゆる場合を含む。例えば、行為者が時限爆弾を置いて、時限装置を設定するが、他人に爆発前に時限爆弾を発見され、信管がはずされた場合とか、行為者がその殺人の被害者を助けるべく医師を呼びに行っている最中に、その被害者が通行人によつて発見され、病院へ連れて行かれたといったように、行為者がそのことを知らずに、自発的且つ真摯に結果回避の努力をするときである<sup>(31)</sup>。その他、甲が乙殺害の意図で乙に毒入りワインを送付し(離隔犯)、受け取った乙はそれを地下室に保管していたところ、丙がそれに突き当たって倒してしまい割ったしまったが、甲はそれとは知らず、乙に当該ワインを飲まないように警告したとか、行為者が被害者目がけて最後の一発を発射したが、軽傷を負わせたに過ぎなかつたところ、被害者は叫び声を挙げ、驚愕のあまり崩れ落ちたため、行為者は致命傷を与えたと誤信して、急いで近くの医師の助けを求めに行っている間に、被害者は自宅に戻ったという

説 場合も同様である。<sup>(35)</sup>

論

#### (4) 因果関係の断絶

行為者の行為とは無関係の他人の行為による因果連鎖が結果を招来したとき(因果関係の断絶)、行為者の行為はいわば「予備因」に降格したのであり、それと現実に発生した結果との間に因果関係は存在しない。例えば、甲が乙に毒入り飲料水を渡し、乙はいつでもそれを飲める状態になったが、乙はそれを飲む前に丙に射殺されたという場合である。但し、乙が甲から渡された毒入り飲料水を実際に飲み、体に変調をきたし、病院へ行く途中で、丙に射殺されたという場合、甲の行為と乙の死の間には因果関係が存在するので、殺人既遂の成否が問題となる。これは結果の客観的帰属の問題となる。<sup>(36)</sup>

#### (5) 結果の客観的帰属の不存在

誤想中止は、結果が発生していないことが前提なのであるが、しかし、結果が発生していても、それが相当性連関や危険連関を否定され行為者に客観的に帰属できない場合には、中止犯規定の準用が認められるべきである。<sup>(37)</sup> 構成要件該当結果の客観的帰属が否定されるが、構成要件該当行為の帰属は可能なとき、それは既遂ではなく、未遂にとどまるのである。<sup>(38)</sup> 例えば、行為者が殺害の意図で被害者の胸を包丁で刺し、被害者は倒れこんで意識喪失状態となり、行為者は後悔して被害者の一命を取り留めるべく救急車を呼び、被害者を病院へ搬送中、その運転者が赤信号を見落としたため貨物自動車と衝突したため、被害者はその事故が原因で死亡したという場合、この事故死は救急車の運転手に帰属されるのであるから、行為者には殺人未遂が問擬され、行為者に結果の発生を阻止する「自発的且つ真摯な

努力」が見られるとき、中止犯規定の準用が認められるべきである。<sup>(38)</sup> 甲から毒入りワインを送付された乙が甲の殺害計画に気づき、憂鬱になり、その直後自殺をしたが、乙が自殺したことを知らない甲は乙に飲まないように警告したという場合も同様である。<sup>(39)</sup>

#### (6) 任意性と真摯性

誤想中止について、ドイツ刑法第二四条第一項は「中止者が任意に且つ真摯に」所為の既遂を妨げるように努めること、オーストリア刑法第一六条第二項は行為者が「任意に且つ真摯に」実行行為を阻止し又は回避するよう努力すること、スイス刑法第二三条第四項は行為者が「自発的に、所為が既遂に至るのを阻止する真摯な努力をする」ことを要求している。わが国の刑法には誤想中止に関する明文の規定がないので、当然、このような規定も存在しない。しかし、誤想中止についても上述したように理論的に中止未遂の成立が可能であるから、任意性に加えて、「真摯な努力」という付加的要件が要求されるべきである。

誤想中止には、先ず、中止計画、次いで、その実行が問題となる。中止計画の面では、先ず、真摯な努力の前提として、結果回避のための行為をする意思が必要である。結果の回避に向けられた「主観的努力」があることよって、特別予防の上で必要な合法性へ帰還する用意が認められる(積極的特別予防の観点からの処罰の必要性の減少)。行為者の既遂意思に行為者の回避意思が対置されるのである。さらに、当該中止計画は法秩序によつて是認されるものでなければならぬ。法敵対的意思によつて担われた行為が法的平和を攪乱したのであるから、その回復が必要となる。そのためには、「真摯な努力」によつて、規範違反の確認と規範妥当性意識の強化が認められねばならない(積極的



般予防の観点からの処罰の必要性の減少)。

しかし、いかなる努力でもかまわないというのではなく、明らかに不適切な中止計画は除外される。すなわち、法秩序によって是認される中止計画にだけ真摯性が認められる。問題は、この真摯な努力の客観化の程度である。誤想中止では、法益の効果的保護という観点からは、仮定的に、行為者が行為を行えば、その行為によって現実に結果の発生を取り除けたということを要求する必要はない。その客観化の程度は未遂の処罰根拠としての客観化された主観説(印象説)に従って判断されるべきである。これによって、未遂犯と中止犯の刑事政策的連関が守られるのである。すなわち、結果を回避するのに適した行為といえるか否かは、中止者の状況におかれた、行為者の中止計画を知っている第三者の印象によって判断される。かかる第三者の判断によれば、選択された中止計画によって結果が回避できることが否定できないとき、真摯な努力が認められる。行為者は真剣だが、誰もともに受け取らないまったくばかけた中止行為は除外されるのである。<sup>(32)</sup> 計画判断者は中止計画の全体の流れの重要な点を考慮に入れて判断しなければならぬ。中止者の特別の認識も考慮に入れられる。とりわけ、どの程度、中止者自身が行為をする義務があるのか、場合によって、第三者の助力を得てもよいのが考慮に入れられねばならない。一定程度は自ら努力した後、確実な、一般的に普通の因果経過ないし第三者の行為を信頼することでもかまわない。中止者が中止のための客観的に最善の計画を選択しないとか、最善との印象を与える計画を選択しないとき、それでも、実際にもくろまれた努力が有能性の印象を与えさえすれば、<sup>(33)</sup> それでも足りる。

中止計画は実行に移されなければならない。問題となるのは、中止行為の進捗の程度である。特に問題となるのは、

行為者が中止行為の最中に結果の発生しないことを認識したとか、それを第三者から知らされたとか、偶然以後の行為を阻止されたので、努力を止めたという場合である。中止者が自己の行為から生ずる結果を他人の助力なしに回避しようとするなら、中止計画の最後の段階に立ち至って必然的に結果発生を客観的に不可能にするまで行為を続けた場合とか、中止者が第三者の助力を利用するときは、行為者が事象を手放し、後は計画に織り込み済みの因果経路の協働だけが残る場合、真摯な努力が認められる。<sup>(38)</sup>

真摯な努力は、中止者が結果回避のために必要な努力をすることしか要求しないので、中止者の表象した因果経路が事後的にずれたことよって影響を受けることはない。しかし、中止者が、自己の救助措置が事前に効果のないことが分かるとか、努力の遂行を妨げられるとき、中止者は結果回避の新たな方法を探らねばならない。もとより、当該方法は「有能の印象をあたえる」ものでなければならぬ。<sup>(39)</sup>

## 六 予備の中止

予備行為をした者が、その段階にとどまり任意に実行の着手に出ることを止めた場合に、中止犯の規定を準用しうるのか、準用しうるとすれば、減免される規準刑は何かが問題となる。

1 中止犯規定準用の可否 予備罪は、実行の着手前の準備行為である。中止犯は実行行為に着手後、任意に止められた場合に成立する。予備行為は実行の着手ではないので、予備行為の未遂というのはいずれも、中止犯の成立を論ずる余地はない。大判大正五・五・四刑録二二・六八五は、殺人予備罪につき、「刑法第二百一条ノ予備罪ハ其ノ著手前

自己ノ意思ニ依リ之ヲ止メタルトキハ之ヲ罰スヘキモノニアラスト雖モ一旦同条ノ予備行為ニ著手シ其幾分ヲ爲シタルトキハ其後ニ至リ仮令任意之ヲ中止シタルトスルモ同条ノ制裁ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス」と論じて、中止犯規定の準用を否定した。本判決は殺人予備罪にのみ準用を認めないのか不明であったが、最判昭和二九・一・二〇刑集八・一・四一は、強盗予備罪につき、「予備罪には中止未遂の観念を容れる余地のないものである」と説示したので、判例は予備行為一般に中止犯規定の準用を認めないものといえる。

しかし、未遂についてのみ中止犯を認めるべきであるとする、刑の不均衡が生ずることになる。すなわち、予備罪のうち、放火予備罪(第一一三条)、殺人予備罪(第二〇一条)について、中止未遂の規定の準用がないとすれば、情状により刑を免除できるだけであるが、行為者が予備の段階を超えて実行行為に出た上で中止したとき、中止犯規定が適用されて、刑の必要的免除も可能となって、刑の不均衡が生ずる。強盗予備罪(第二三七条)、通貨偽造等準備罪(第一五三条)、支払用カード電磁的記録不正作出準備罪(第一六三条の四)については、情状による刑の免除が存在しないから、中止犯規定の準用を認めないと刑の均衡がいつそう顕著になる。法益侵害をできるだけ防ぐという観点からは、実行の着手が為された後の段階よりも、むしろ、まだ既遂までには距離のある予備の段階で引き返させる方がより確実なのである。予備行為の中止について中止犯規定の準用が認められるべきである<sup>16)</sup>。

2 刑の減免の規準 刑の減輕・免除を認めるにあたり、二つの問題がある。その一は、減免の規準は既遂の刑か予備の刑かという問題であり、その二は、減輕又は免除の両方が準用されるのか、免除だけ準用されるのかという問題である。学説は分かれている。規準刑を既遂の刑として、免除も減輕も認める見解<sup>16)</sup>、規準刑を予備の刑として、減

軽も免除も認められる見解もあるが、規準刑を既遂の刑として、免除だけの準用を認める見解が妥当である。基本的構成要件の修正形式としての予備罪の刑は、基本犯の刑を法定減軽したものであり、そのうえに、中止犯として法律上の減軽を加えることは許されない(第六八条)ので、結局、予備行為の中止については刑の免除だけが準用されるべきこととなる。

## 七 結果的加重犯の中止

結果的加重犯においても未遂罪の成立はありうる(参照、第一章三E)。例えば、強盗致死傷罪の場合、被害者の死傷が暴行によって過失で招来されたが、物の奪取にいたっていないとき、強盗致死傷の未遂が成立する。この場合、強盗致死傷罪の中止犯も認められるかが問題となる。ドイツ刑法学説には、構成要件特有の危険が既に死傷の発生という形で実現したのであるから、結果的加重犯の保護目的から中止犯は認められないとか、行為者は危険にさらす事象を既に手放したのであるから、行為者は不処罰に値しないと見る見解が見られる。しかし、この見解には疑問がある。結果的加重犯は故意犯たる基本犯を必要的構成要素としており、行為者はこの故意の行為を未遂の段階で中止できるのである。基本犯に中止未遂が成立するとき、結果的加重犯の未遂罪が成立することもない。もつとも、強姦致死罪の場合、行為者の姦淫行為の前に暴行によって既に被害者が死亡したとき、基本犯の充足はありえないので、この未遂は失効未遂であって、中止犯が成立することはない。

## 八 中止犯の効果

刑法第四三条但書きは、「その刑を減軽し、又は免除する」と規定しているので、中止未遂は刑の必要的減免事由で

ある。中止された犯罪に他の犯罪が吸収される場合、例えば、殺人罪の中止では、現に傷害の事実が発生していても、殺人罪の中止未遂のほかに傷害罪が成立するわけではない。相互に手段・結果の關係に立つ行為を結びつけた結合犯の場合も、例えば、強盜罪においては、暴行・脅迫の後、強取行為を中止したとすれば、先行する暴行・脅迫が暴行罪・脅迫罪を構成することなく、強盜罪の中止犯だけが成立する。強盜の着手前に行った強盜予備罪も不問に付される。しかし、中止された犯罪と併合罪の關係に立つ他の犯罪や、觀念的競合や牽連犯などの科刑上一罪の關係に立つ犯罪には、中止犯の効果は及ばない。例えば、住居侵入窃盜では、窃盜行為を中止しても、住居侵入罪は成立する。窃盜罪によつて住居侵入罪を評価しつくせないからである。<sup>(20)</sup>

また、中止するための行為が、他の犯罪を構成する場合には、その犯罪が成立する。例えば、ガス中毒死させる故意で部屋にガスを充満させた者が、中止のために窓ガラスを破壊する場合、殺人罪の中止未遂のほかに器物損壊罪が成立する。放火犯人が翻意して消火するべく他人の建物の一部に損壊を与える場合も、放火罪の中止未遂のほかに、建造物損壊罪が成立する。<sup>(21)</sup> これらの場合に中止行為そのものに緊急避難を認める余地は無い。<sup>(22)</sup>

注

(20) Triffterer, 15. Kap Rn 59.

(21) Ebert, (Fn. 169), 137; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 65; BGH NJW 1989, 2068; 1990, 3219.

(22) R.D. Herzberg, Zur objektiven Seite des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, JR 1989, 449 ff., 450; Kühl, (Fn. 2), § 16 Rn 65; Wessels/Benke, (Fn. 37), § 14 Rn 644; Rudolph, (Fn. 23), § 24 Rn 27. 本邦連邦通常裁判所は「救済目的」を要求しないこと。BGHSt 31, 46 (49); 48, 147 (149 f.); Krey/Esser, (Fn. 95), § 45 Rn 1308.

- (24) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 64 ff.; *Rudolphi*, (Fn. 23), § 24 Rn 27a; *Esser*, (Fn. 62), § 24 Rn 59; *Ebert*, (Fn. 169), 137; BGH NJW 1986, 1001.
- (25) *Rudolphi*, (Fn. 23), § 24 Rn 27a; BGH NSZ 1981, 388; StrVer 1983, 413.
- (26) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 66; BGHStV 1992, 63; BGH NJW 1990, 3219; BGH NSZ-RR 2000, 42, 43 zu § 24 I 2.
- (27) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 66; NSZ-RR 1997, 193.
- (28) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 66; BGH NJW 1989, 2068, 1990 3219.
- (29) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 66; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1308; *Esser*, (Fn. 62), § 24 Rn 59; BGH NJW 1986, 1001; BGH NSZ 2008, 329 f.
- (30) *Th. Fischer*, Strafgesetzbuch, 60. Aufl., 2013, § 24 Rn 31; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1309; BGH NSZ 2008, 508.
- (31) *J. Schenfeld*, Gibt es einen antizipierten Rücktritt vom strafbaren Versuch, Jus 2006, 397 ff.; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 64.
- (32) 大判昭和二三・四・一九刑集一七・三三六「真摯なる態度」大阪高判昭和四四・一〇・一七判タ二四四・二九〇「真摯な努力」福岡高判昭和六一・三・六判時一九三・一五二頁「真摯な努力」大塚(注8)二六一「真剣な努力」川端(注72)四八〇。
- (33) *Herzberg*, (Fn. 54), 49 ff.; *ders.*, Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, NJW 1989, 862 ff., 865; *ders.*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda, NJW 1991, 1633 ff., 1636 f. くルンベルクは「その理由として『ドイツ刑法第二四条第一項第一文の『その既遂を妨げた』と同第二四条第一項第二文の『真摯に所為の完了を妨げるように努めた』の規定趣旨を指摘する。行為者は自分の視点から最善のことしなければならぬ。行為者は不十分な阻止行為に甘んじてはならないのであって、不能未遂の中止に関する第二四条第一項第二文が要求しているように、既遂を阻止するための『真摯な』『努力』をしなければならぬ。かくして、第二四条第一項全体の調和が図られる。それに加えて、最適の阻止努力が見られた場合にのみ行為者の称賛に値する改悔が認められる。例えば、致命傷を負わせた被害者に、自ら助けを呼ぶために、電話機を手渡すに過ぎない行為者は、十分な阻止行為をしておらず、称賛に値しない。その後、ヘルンベルクは要件を緩和した。Herzberg, Der Rücktritt vom Versuch als sorgfältiges Bemühen, in: Kohlmann-FS, 2003, 37 ff. 「綿密な努力」。vgl. *Zaczek*, (Fn. 145), § 24 Rn 61 (行為者の視点から「頼りになる」救助手段を利用する必要がある); *Otto*, (Fn. 145), § 19 Rn 48 f.
- 最適救助措置が必要との観点から「阻止」行為を否定したドイツ連邦通常裁判所の裁判例として、BGH MDR (D) 1972, 751「妻殺人未遂事件」〔甲は殺意を抱いて自分の妻を刃物で刺し、その部屋を去った。その際、甲は自分の母親内に必要なことは何でもし

てもらうように言った。丙の頼みに応えて、宿泊所の管理人は乙を病院に收容する手配をした。乙は助かったという事案（連邦通常裁判所は、甲が救助の因果経路を動かしたといえるが、それでは阻止行為としては十分でない」と説示した。甲は部屋を去るときによく丙に頼んだのであって、そこにとどまらなかったし、じぶんのした依頼も特に強調することもなかった。甲は具体的な措置を挙げなかったし、急がせもしなかったし、応急救助もせず、その指図を与えたに過ぎなかった。

BGHSt 31, 46 「病院事件」〔甲はその妻乙を殺害の未必の故意をもって瀕死の頭部重傷を与えた。甲は乙の状態を認識し、よく考えてから、乙の生命を救うため、病院へ搬送することにした。しかし、すぐには嫌疑が向けられないようにと、甲は自家用車に乙を乗せ病院の通用口から九五メートルのところまで走行し、そこで乙を下車させ、走り去った。甲は乙が誰かに発見され、救われることを望んでいた。その後まもなく乙は病院の正面入り口から約四〇メートルのところ、茂みの中に意識喪失状態で倒れているところを歩行者に発見された。乙は医師の治療により一命をとりとめたという事案。連邦通常裁判所は、行為者にはもっとよい阻止の方法があったことを理由として、終了未遂の中止の要件である「阻止」を否定した〕「行為者は自己の中止意思を、既遂に至るのを失敗させることを目的とし、自己の視点からそれに十分な行為によって示さなければならぬ。行為者は採られる阻止の手段を利用しつくさねばならない。行為者は、避けることができるなら、偶然に任せてはならない」。なお、本事案は一般に最適救助行為説に立つたものと理解されているが、BGH NJW 2003, 339 「ガス栓事件」を担当した第二刑事部が本件を担当した第一刑事部へ質問したのに対し「第一刑事部は最適救助行為説を採用したとの理解は誤解である」と回答している。A. Engländer, Die hinreichende Verhinderung der Tatvollendung — BGH, NJW 2003, 1058, JUS 2003, 641 ff, 644.

BGH NSZ 1989, 525 「E-605事件」〔甲は殺意をもってその夫乙の口に毒物（E-605）を流し込んだ。毒薬の効き目が現れてきたとき、甲は乙にせつつかれて救急車を呼んだが、その際、乙の体調が良くなる、台所でよろよろ歩き回っていることを理由としたのであった。駆けつけた救急医のおかげで、乙は助かった。その際、甲は毒物については沈黙し、乙がコーヒーを飲んだことと青色の薬を飲んだことだけを告げたという事案〕（連邦通常裁判所は次のように説示した。甲は、医師に電話をかけ、乙の状態を説明し、直ちに救助措置が準備されるようにしたので、当初は、客観的に且つ甲の視点からも、乙の救助に必要なことはした。しかし、医師が到着した後、甲は、有害な結果を阻止するためにもつて役立つことをする必要であり、甲には実際に可能であったのだが、その時点で救助意思を放棄した。甲は、乙の生命を救うためには、毒物投与について医師に告げねばならないと考えたのに、黙っていた）。本事案について、行為者への客観的帰属を肯定するものが、Jäger, (Fn. 47, Der Rücktritt) 97, H.J. Radolphi, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenn gleich nicht optimales Rettungsbenühen, NSZ 1989, 508 ff., 514; Zaaczky, (Fn.

145), § 24 Rn 57. 客観的帰属を否定するのが、*Wessels/Beulke*, (Fn. 37), § 14 Rn 644.

このような学説・裁判例には次のような批判がなされてきた。刑法第二十四条第一項第一文の「その既遂を妨げた」という文言は同条第一項第二文の文言とは異なって付加的要件を定めていない。同条第一項第一文を同条第二文と同じく理解する必要はない。結果を自己の行為によって阻止した者に、より確実な結果回避手段を利用しつくさなかったといつて非難することはできない。ドイツ刑法第二十四条第一項第一文の「その既遂を妨げた」という文言は「始めよければ、全てよし」という大雑把とも言うべき原則を採用したといえる。この立法者の判断を法を適用する者が目的論的考慮から行為者の不利益に修正してはならない。とりわけ、最適阻止行為が要求されると、行為者にはそれほど改悛への刺激がないのであるから、被害者の救助が阻害されかねない。行為者は未遂犯として捕らえられたいのが普通であるから、捕らえられる危険を冒してまで最適措置をとることはないであろうし、最適措置に至らない措置が行為者には無用だということになれば、結局、被害者保護が図れないこととなる。それに、構成要件の結果の発生を客観的帰属な形で阻止できたのなら、予防の理由からも、刑罰もさうしても必要だとはいえない。*Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 70; *Rudolph*, (Fn. 303), 512; *Puppe*, (Fn. 20), 489 f.; *Zaczyk*, (Fn. 145), Rn 61.

(304) Vgl. *Lachner/Kühl*, (Fn. 285), § 24 Rn 19b; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 243 ff. これに対し「リーリエ、アルブレヒト (*Lielle/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 295) は、行為者が単独で既遂の阻止行為をするか他人を煩わすかを問わず、行為者には自分の視点から必要な、この点で信頼できる救助手段を探ることが要求される。これに対して、行為者が、より確実でより信頼できる、はるかに効果のある手段を採れると考えているにもかかわらず、結果が発生するか否かを偶然にゆだねているとき、行為者が結果の阻止に向けられた行為をしているとはいえないと論ずる。

(305) 行為者単独か他人の関与があるかを問わず因果関係の存在をもって足りるとする学説は、一般に、「機会増加型」と呼ばれる。本説に『*Munich/Gössel/Zhf*, (Fn. 93), § 41 Rn 88. ドイツ連邦通常裁判所の裁判例として、BGH NJW 1985, 813「放火事件」; BGH NJW 1986, 1001「電話帳事件」; BGH NJW 2003, 1058「ガス栓事件」〔甲は自殺の意図で集合住宅一階住まいのガス栓二箇所を開けた。ガスの致死効果を待っているとき、甲は他の住人もひよとしてガス爆発が起きそれが原因で死ぬかもしれないと思いつた。甲は、当初、自殺をやり遂げるためにはこれもやむをえないと考えた。甲は、それから、消防と警察に電話通報し、自分の名前と住所を告げ、住人の救助を求めた。甲は、自殺の決意を維持していたので、ガス栓を閉めるようにとの要請に従わなかった。甲はしばらくして意識不明になった。間も無く到着した消防が住人を避難させ、ガス栓を閉め、甲を蘇生させることができたという事案〕(本事案では、不作為による殺人終了未遂が問題となっている。連邦通常裁判所は、結果回避に向けられた行為がうまくいき、既遂の



阻止に因果関係があるとき、行為者により迅速な又は確実な手段があつても、それを問題とするべきでない。刑法第二四条第一項第二文の定める「真摯な努力」は要件とはならない。結果の阻止に適した行為をすればそれで足りる。甲が阻止行為をしたといえるのは、その電話通報が住人の救助のために少なくとも共同因果関係にあつたからである。中止未遂成立、BGHSt 33, 301。

(306) 行為者単独か他人の関与があるかを問わず客観的帰属の存在をもつて足りるとする学説は、一般に「機会増加型Ⅱ」と呼ばれる。本説ご<sup>2</sup> *Rudolphi*, (Fn. 303), 511; *ders.*, (Fn. 23), § 24 Rn 27c; *R. Bloy*, *Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung*, BGHSt 31, 46 und BGH NJW 1985, 813, Jus 1987, 528 ff., 532 ff.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 37), § 14 Rn 644; *Eser*, (Fn. 62), § 24 Rn 66。

(307) *Rudolphi*, (Fn. 303), 512; *Bloy*, (Fn. 306), 533; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 73; BGH StV 1981, 514 [自動車を運転していた甲は殺意をもつて自分の前の恋人乙の自動車に向かっていったが、最後の瞬間に急制動をかけたので、激突せずにすみ、乙は無傷だったという事案] (連邦通常裁判所は、行為者が新しい因果系列を起動させ、これが少なくとも結果の不発生と共同因果関係にあれば、阻止が認められるとしたうえで、自動車をよけるなどしてもっと確実に結果を阻止することが可能だったとしても、中止未遂は否定されないと論じた)。東京地判平成七・一〇・二四判時一五九六・二二九〔被告人は将来の生活を悲観し、その養女を殺害しようとして出刃包丁でその左胸部を一回突き刺した後、放火し、さらに自殺を図り、しばらく意識を失っていた後、目を覚まし、養女を煙に巻かれないうちに助け出そうとして他人の敷地まで運んだが、意識を失って養女とともにその場に倒れ込んだという事案〕「甲(被告人)が乙(養女)を室外に引きずり出したのは、乙が『お父さん、助けて。』と言ったのを聞いて乙のことをかわいそうに思ったことによるものであるから、右行為はいわゆる憐憫の情に基づき任意かつ自発的なものであったと認められる。しかしながら、甲は、乙を被告人方から丙方敷地内まで運び出しているものの、それ以上の行為には及んでいないのであって、当時の時間的、場所的状况に照らすと、甲の右の程度の行為が結果発生を自ら防止したと同視するに足りる積極的な行為を行った場合であるとは言い難く、乙が一命をとりとめたのは、偶然通り掛かった通行人により病院に収容されて緊急手術を受けた結果によるものであったことを併せ考慮すると、本件が甲の中止行為によって現実の結果の発生が防止された事案であるとは認められない」。

(308) *Zaczek*, (Fn. 145), § 24 Rn 61; *Engländer*, (Fn. 303), 645; *Otto*, (Fn. 145), § 19 Rn 48 f.; *Heinrich*, (Fn. 258), § 24 Rn 851; *H. Boll*, *Der halbherzige Rücktritt*, 2002, 156 ff.; *Ch. Jäger*, *Zwei auf einen Streich*, Jura 2009, 53 ff., 58 (行為者自身が、少なくとも訓練された救助者が到着するまでの間、救助対象を支配しているとき、客観的帰属が可能であるが、救助対象を単に因果的に惹起したに過ぎない者には客観的帰属はできない)。ロクスラインは、単独で結果の発生を阻止する場合と他人の協働を得て結果の発生を阻止す

る場合に分けて、前者の場合には客観的帰属をもって足りるが、後者の場合には、場合によって最適阻止行為が必要と論ずる。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 243 ff. vgl. Lachner/Krühl, (Fn. 285), § 24 Rn 19b

(309) Zaczek, (Fn. 145), § 24 Rn 61. 中止行為の否定事例：大判昭和一一・六・二五刑集一六・九九八「中止犯ハ犯人カ犯罪ノ実行ニ著手シタル後其ノ繼續中任意ニ之ヲ中止シ若ハ結果ノ発生ヲ防止スルニ由リ成立スルモノニシテ結果発生ニ付テノ防止ハ必スシモ犯人単独ニテ之ニ当ルノ要ナキコト勿論ナリト雖其ノ自ラ之ニ當ラサル場合ハ少クトモ犯人自身之カ防止ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力ヲ払フノ要アルモノトス……被告人ハ本件放火ノ実行ニ著手後逃走ノ際火勢ヲ認メ遽ニ恐怖心ヲ生シ判示磯山隆男ニ対シ放火シタルニ依リ宜敷頼ムト叫ビナカラ走り去リタリト云フニ在ルヲ以テ放火ノ結果発生ノ防止ニ付自ラ之ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ努力ヲ盡シタルモノト認ムルヲ得サル」。中止行為の肯定事例：大判大正一五・一二・一四新聞二六六一・二五（被告人は、家屋を焼燬して火災保険金を騙取しようとして、蓄音機上の新聞紙に点火したが、新聞紙の燃焼に驚き、犯行を中止しようとしてバケツに水を汲んだが、病氣により衰弱していたため、独力で消火することができなかつたので、大声で隣人を呼び、その助力を得て消火し、家屋を焼燬するに至らなかつたという事案）、福岡高判昭和六一・三・六判時一一九三・一五二（被告人は未必の殺意をもって甲の頸部を果物ナイフで一突き刺し、失血死、窒息死の危険を生じさせたという事案）、「被告人が、本件犯行後、甲が死に至ることを防止すべく、消防署に架電して救急車の派遣を要請し、甲の頸部にタオルを当てて出血を多少でもくい止めようと試みるなどの真摯な努力を払い、これが消防署員や医師らによる早期かつ適切な措置とあいまって甲の死の結果を回避せしめたことは疑いないところであり、したがって、被告人の犯行後における前記所為は中止未遂にいう中止行為に当たる」。東京地判昭和三七・三・一七下刑集四・三〇四・二二四「本件のような犯罪の実行行為終了後におけるいわゆる実行中止による中止未遂の要件とされる結果発生防止は、必ずしも犯人単独で、これに当る必要はないのであって、結果発生防止について他人の助力を受けても、犯人自身が防止に当つたと同視するに足る程度の真摯な努力が払われたと認められる場合は、やはり、中止未遂の成立が認められるのである（大判昭和一一二年六月二五日刑集一六卷九九八頁）。ところで、本件においては、被告人は、判示のように、甲を殺害しようとして、一たん睡眠薬を飲ませたものの、間もなく大変な事をしたと悟り、そのまま放置すれば、甲が当然死に至るべきが、甲の苦悶の様子を見て、もはや独力では、いかんともし難いと観念した被告人は、警察官に自ら犯行を告げ、その助力を得て甲を病院に収容するほか甲の生命を助ける手段はないものと考え、付近の警察署派出所を探し回つたが、見当らなかつたので、判示のように緊急電話をもって事態を警察官に通報連絡した結果、ただちに甲は病院に収容され、医療処置が講ぜられたことにより、甲の一命を取り止めたのである。甲は、当時既に睡眠薬中毒のため生死の境にあつたのであって、もとより、かような場合における医療知識のない被告人に応急の救

護処置を期待し得べくもなく、甲の生命を助けるため、被告人が右のような処置を採ったのは、被告人として精一杯の努力を尽くしたものであるべきであり、その処置は、当時の差し迫った状況下において、被告人として採り得べき最も適切な善後処置であったといわなければならない。

- (310) Vgl. *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 247. なお、次の裁判例は中止行為につき「真摯性」という観点から過大な要求をしている。大阪高判昭和四四・一〇・一七判タ二四四・二九〇〔被告人は、被害者の左腹部を刺身包丁で突き刺し、肝臓に達する深さ約一二センチメートルの刺創を負わせたが、激痛に耐えかねた被害者が泣きながら、『病院へ連れて行ってくれ』と哀願したので、被告人が自分の運転する自動車で直ちに近くの病院に連れて行き、一命を取り止めたという事案〕「本件のように実行行為終了後重傷に呻吟する被害者そのまま放置すれば致死の結果が発生する可能性はきわめて大きいのであるから、被告人の爾後の救助活動が中止未遂としての認定を受けるためには、死亡の結果発生を防止するため被告人が真摯な努力を傾注したと評価しうることを必要とするものと解すべきである。……被告人が被害者を病院へ担ぎ込み、医師の手術施行中病院に居た間に被告人、被害者の共通の友人数名や被害者の母親等に犯人は自分ではなく、被害者が誰か判らないが他の者に刺されていたと嘘言を弄していたこと及び病院に到着する直前に兇器を川に投げ捨てて犯跡を隠蔽しようとしたことは動かしえない事実であつて、被告人が被害者を病院へ運び入れた際、その病院の医師に対し、犯人が自分であることを打明けいっごでどのような兇器でどのように突刺したとか及び医師の手術、治療等に対し自己が経済的負担を約すとかの救助のための万全の行動を採ったものとはいいがたく、単に被害者を病院へ運ぶという一応の努力をしたに過ぎないものであつて、この程度の行動では、未だ以て結果発生防止のため被告人が真摯な努力をしたものと認めるに足りないものといわなければならない。」

- (311) Vgl. BGH NJW 1986, 1001 「電話帳事件」〔甲はその父親乙を殺人の未必の故意をもって台所包丁で突き刺した。重傷を負った乙は救急車を呼んでほしいといったとき、甲はちよつとの間電話帳をめくり、それから番号が見つからないと答え、乙に電話機を渡した。それから乙は緊急番号一一〇にかけて、事情を説明し、医師の助けを求めた。乙は助かったという事案〕〔連邦通常裁判所は二つの場合に分けて論じた。乙が重傷を負ったにもかかわらず自ら電話機をとることができたという場合には、阻止努力と結果の不発生の間に因果関係はなく、第二四条第一項第二文の「真摯な努力」しか問題とならないが、架電が甲の助けがなければできなかったという場合には、甲がなお他の救助措置を採ることができたいうときでも、中止未遂が成立する。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 260 ff. ロックスイーンによれば、本事案について、「非代替的寄与」という観点から、乙が自ら電話帳、電話機を取ることができたか否かが要点である。大阪地判昭和五九・六・二一判タ五三七・二五六〔被告人は被害者の背後から殺意を抱いて果物ナイフで一突き刺し、入院

加療一九日間を要する傷害を負わせたという事案」。「被告人が果物ナイフで被害者の背中を突き刺した後、被害者は自らナイフを抜き取り、被告人に対して救急車を呼ぶよう指示し、被告人は被害者から指示されたまま同人が出血しているのを見て大変なことをしたとの気持ちも伴って、直ちに一階に降りて公衆電話から一九番したが通じなかったため、一一〇番して自らの犯罪を申告するとともに救急車の手配を要求したが、その時被害者も自力で同所へ降りてきていて被告人に対して救急車の手配を指示していること、被害者はその後救急車で運ばれ医師の手当てが功を奏したため結果の発生を防止することができたことが認められるが、その間の被告人の行動は、結局のところ、被害者の指示のもとで被害者自身が救急車の手配をするのを手助けしたものと大差なく、もともと結果の発生は医師の行為により防止されており、したがってこの程度の被告人の行為をもってしては、未だ被告人自身が防止にあたってと同視すべき程度の努力が払われたものと認めることができず、本件が中止未遂であるということとはできない」。

(312) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 74; *Blöy*, (Fn. 306), 535.

大判昭和六・一一・五刑集一〇・六八八(「解雇されたのを恨み、主人方に放火したが他の店員に発見されたという事案」)「他人ニ於テ犯罪ノ完成ニ要スル結果ノ発生防止ニ著手シタル上犯人ニ於テ之ニ協力シ因テ右結果ノ発生ヲ防止シ得タル場合ニ於テハ右結果ノ発生防止ハ犯人ノ自発ニ出テタルモノニ非シテ他人ノ発意ニ基クモノニ外ナラサルニ依リ犯人ノ協力ハ最早障礙未遂成立ヲ阻却スルノ効力ナク中止犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス」。

(313) BGH NSZ 1999, 128 [「甲はその恋敵乙が甲の前の恋人丙といるところを捕まえ、乙の死を容認しながら、乙の頭を野球棒で激しく殴った。それから、甲は丙を無理やり自動車に乗せて家から走り去った。二分してから、甲は丙の願いに応えて戻り、丙に乙を病院へ連れて行くように言ったという事案(連邦通常裁判所は、当初、救助意思がなかったこと、犯行現場から立ち去ったことはどうでもよいことであり、行為者が実際になしたことを以上のことまでできたかどうかも重要でない」と説示した)。C. Roxin, Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch, in: Hirsch-FS, 1999, 327 ff., 342 f.; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 74.

(314) *Blöy*, (Fn. 306), 534.

(315) *Blöy*, (Fn. 306), 535.

(316) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 258 f. ロクスラインによれば、BGH NSZ 1989, 525 [「E-605事件」]について、「青い薬物」を飲んだという説明によって、救急医に即時且つ効果的治療をする十分な手がかりが与えられたか否かが要点であること、BGH MDR (D) 1972, 751 [「妻殺人未遂事件」]については、甲は丙に、医師と救急車を呼ぶという具体的依頼をしなければならなかったのであり、救急隊が来、自分が必要とされなくなるまで、そこを去ってはならなかった。Vgl. BGH StV 1981, 396 [「甲は殺意を抱いてその妻乙に

向けて発砲し、致命傷を負わせた。甲は直ちに警察に犯行の通報をし、救急車の派遣を要請した。乙は助かったという事案。中止未遂成立」。

(317) *Bløy*, (Fn. 306), 535; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 76; *Rudolphi*, (Fn. 306), 514; *ders.*, (Fn. 23), § 24 Rn 27c. 「ねに控へて」 BGHSt 31, 46 (中止未遂の成立を否定)° *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 21 u. 252; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn 1314.

(318) Vgl. *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 252.

(319) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 76.

(320) Vgl. *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 252.

(321) *Wessels/Beulke*, § 14 (Fn. 37), § 14 Rn 627, 645; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 81.

(322) *Triftner*, (Fn. 23), 15. Kap Rn 60; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 82.

(323) *E. Steininger*, (Fn. 97), 266 ff.

(324) *Steininger*, (Fn. 97), 267.

(325) *Steininger*, (Fn. 97), 267.

(326) *Steininger*, (Fn. 97), 268.

(327) *Steininger*, (Fn. 97), 268.

(328) *Steininger*, (Fn. 97), 268.

(329) *G. Stratmeyer*, *Schweizerisches Strafrecht AT I*, 1982 § 12 Rn 77; *A. Donatsch, B.Tsg*, *Strafrecht I*, 8. Aufl., 2006, § 12 I.422 b.

(330) Vgl. EBRV 1971, 86. なお、わが国の改正刑法草案（一九七四年五月二十九日法制審議会総会決定）第二四条第二項は、「行為者が結果の発生を防止するに足りる努力をしたときは、結果の発生しなかったことが他の事情による場合であっても、前項と同じである」と規定して、中止犯の成立範囲を拡大した。

(331) *Roxin*, (Fn. 12), Rn 265; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 83; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 326a; *Steininger*, (Fn. 95), 20. Kap Rn 105; *Fuchs*, (Fn. 103), 31. Kap Rn 16. 「……裁判所は「母親が子どもを殺す意図で致死量に足りる量を知らずに毒を飲ませたが、すぐ医師を呼んだので、子どもは助かった」という事案」で、中止犯規定の適用を認めなかった。これに対して、ドイツ連邦通常裁判所は一九七五年の刑法改正前にすでに類似の事案において終了不能未遂の中止犯の成立を認めた。BGHSt 11, 324 [「ルミナル事件」];

- BGH NJW 1969, 1073; BGH StV 1982, 219; BGH NZStz-RR 2000, 41. わが国の肯定説は均衡論から根拠付けるのが一般である。前田(注82)一七六頁、曾根(注82)二三〇頁、大谷(注75)三九五頁。なお、福田(注72)二三九頁(中止行為は結果防止のための真剣な努力に意味がある)、佐久間(注10)三二九頁(結果の不発生によりその限度で違法性減少、犯罪意思の放棄による行為無価値の低下、行為者本人の真剣な防止努力による責任減少)、山口(注88)二八三頁以下及び高橋(注91)四〇一頁(中止行為を具体的危険結果の除去行為と捉え、未遂を成立させる具体的危険を除去すれば足りる)。否定説・植松(注82)三三二頁「行為者の意志に無関係な別の事由により結果が発生しないという事実があるならば、それは明白な外部的障害による未遂であって、もはや中止犯ではありえない」。
- (332) *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn. 84.
- (333) なお、大判昭和四・九・一七刑集八・四四六(麻縄についた火をもみ消そうとしたがうまくいかず、たまたまやってきた第三者によって消し止められたという事案)刑法第四十三条但書ノ自己ノ意思ニ因リテ之ヲ止メタリトシテ刑ノ減輕又ハ免除ヲ為サンニハ犯人自ラ犯罪ノ完成ヲ現実ニ妨害シタル事実ノ存スルコトヲ必要トスヘク原判示ノ如ク被告人自ラ点火シタル麻縄ノ揉消ヲ試ミタルモ消火ノ効ナク被告人以外ノ者ニ於テ犯罪ノ完成ヲ現実ニ妨害シタル場合ニ在リテハ同条但書ヲ適用スルヲ得サルヲ以テ原判決ニ所論ノ如キ違法存セス。未遂にことまるか知り、違法・責任減少を理由に中止犯規定の適用を肯定するのが、川端(注72)四八〇頁。
- (334) *Steininger*, (Fn. 95), 20. Kap Rn. 104.
- (335) *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn. 1316; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn. 83; *Lilje/Albrecht*, § 24 Rn. 328.
- (336) *Steininger*, (Fn. 95), 20. Kap Rn. 106.
- (337) 中止犯は広義の未遂犯の一態様として規定されているから、既に結果が発生している場合には、中止犯の適用はないとするのが、大塚(注89)二六二頁、團藤(注80)三六五頁、堀内(注77)二四九頁。これに対して、結果の客観的帰属の不存在とは無関係に、真摯な中止行為が行われている以上、結果が発生していても刑の減輕の限度で中止犯規定の類推適用を認めるのが、川端(注72)四八一頁(違法性減少、つまり、主観的違法要素としての故意の放棄による行為無価値の減少と、責任減少つまり、法敵対性の微弱化を理由とする)。その他、香川(注81)三二五頁、同(注7)一一二頁、牧野英一『日本刑法上巻』[重訂版]一九三七年・三一六頁。
- (338) *Steininger*, (Fn. 32), 269 f.; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 37), Z. 23 15b, 17; *Esser*, (Fn. 62), § 24 Rn. 62; *Rudolph*, (Fn. 23), § 24 Rn. 28; *Wolter*, (Fn. 283), 654 Anm. 22; *Krey/Esser*, (Fn. 95), § 45 Rn. 1266, 1315; *Wessels/Beulke*, (Fn. 37), § 14 Rn. 627. 參照、山中(注82)七六七頁以下。

- (30) *Wessels/Bauke*, (Fn. 37), § 14 Rn 646; *Esser/Krey*, (Fn. 95), § 45 Rn 1317; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 82, 84; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 284.
- (31) *Steininger*, (Fn. 95), 20. Kap Rn 107.
- (32) Vgl. *Moos*, (Fn. 97), 57; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 283; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 86.
- (33) *Steininger*, (Fn. 97), 271 f.; *Moos*, (Fn. 97), 57. これに対して、*ニイツ*の通説は行為者の視点から結果を阻止するための最善の手段を要求す<sup>80</sup>。 *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 275; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 85。 *ニイツ*の裁判例も、行為者が結果回避の可能性があると誤信しなくてはならない<sup>81</sup>。 BGHSt 31, 49 f. 「行為者は、自分の知っている、客観的又は少なくとも自分の視点から十分な阻止可能性を利用し尽くすのに必要なことはすべてしなければならぬ」と説示する。これに対して、真摯性の要件として、行為者の確信から結果を回避するに、仮に、結果の発生がありうるのと行為者の考えが適切であったならば、行為者の行為によって結果が実際に妨げられたか、少なくとも事前の観点から適切であったと客観的いえないならばならないとの学説が見られる。例えば、甲が砒素で乙を殺そうとしたが、取り違えてアスピリンの混入したコーヒーを乙に飲ませた。その後、甲は後悔して、救急医を呼んだ。鑑定の結果、仮に、乙が実際に砒素を飲んでいたら、救急医といえども乙を救うことはできなかったことが分かったといった場合、行為者は主観的には救助の努力をしているが、しかし、救助行為をしても行為者の表象に基づけば客観的にはうまくいかなかったであろうし、こういった場合、医師を呼んでも、客観的に見て結果回避のための適切な行為とはいえないのであって、中止犯が認められるためには、客観的・仮定的回避因果関係が必要というのである。 *G. Arzt*, *Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, GA 1964, 1 ff.; *Botke*, (Fn. 215), 532 ff. 本説に於ては、次のような批判がなされる。阻止努力の真摯性というの有能終了未遂の現実の結果回避の代わりとなるものではないので、仮定的阻止因果関係というようなことは問題となりにえない。さらに、不能未遂において行為者の主観的誤表象だけが処罰を必要とする平和攪乱に影響を与えるとき、その当然の帰結として、行為者の主観的に最適の救助努力でもあれば、この平和攪乱が十分に除去されたと見ることができるともできる。但し、刑法第二四条第一項第二文は、有能の下に中止するとき、行為者は処罰を免れるとすれば、終了未遂の場合、行為者とは関係なく結果が発生しないとき、主観的に最適の阻止を採ることと十分ではないとする理由は存在しない。 *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 281.
- (34) *Steininger*, (Fn. 97), 273; *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 267.

- (344) *Steininger*, (Fn. 97), 273 f.
- (345) この刑の不均衡論に対して、植松(注82)三三五頁は次のように批判する。「中止未遂では、刑の減輕または免除が行われなければならないが、予備を罰する規定のある犯罪にあつては、予備罪の罪責までを消去するものではない(……)。刑法が予備罪を設けている場合は、その犯罪がそれだけ嚴重な処罰に値する重大な犯罪であることを示すものであるから、実行着手後に行為を中止しても、予備の罪責まで失われるものではない。したがつて、予備罪処罰の規定の設けられている犯罪にあつては、中止未遂を理由として刑を免除することはできない」と。しかし、殺人予備罪、強盗予備罪、放火予備罪及び通貨偽造準備罪は構成要件の修正形式ないし刑罰擴張事由であり、予備は実行に吸収されるのであるから、この批判は失当である。参照、齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ』〔新訂版〕一九七九年・八八頁以下、川端(注72)四八二頁。
- (346) 大塚(注89)二六四頁。
- (347) 小野清一郎『刑罰の本質・その他』一九九五年・二九六頁、淺田(注84)四〇〇頁。
- (348) 齊藤(注35)九〇頁、平野龍一(注76)中止犯)四一九頁、香川(注81)一七〇頁以下、西原春夫『刑法総論』一九七七年・二七三頁、大谷(注75)三九六頁以下。
- (349) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 289 ff.; *Zaezky*, (Fn. 145), § 24 Rn 81.
- (350) *Ch. Jäger*, *Der Rücktritt vom erfolgswahrscheinlichen Versuch*, NSZ 1998, 161 ff.
- (351) Vgl. *Steininger*, (Fn. 95), 20. Kap Rn 137 ff.; *Lilic/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 461; *Esst*, (Fn. 62), § 24 Rn 26; *Krey/Esst*, (Fn. 95), § 52 Rn 1376; *Kühl*, (Fn. 2), § 17a Rn 56 ff.; BGHSt 42, 158 (被告人甲らは被害者に抵抗されたら使用するつもりで拳銃一丁を携行して侵入し、その際、やむをえないときには人に向けて発砲するつもりだが、そうでなければ、地面又は空中に向けて発砲するつもりだった。甲らは予期せずに出現した乙に驚かされたとき、甲が拳銃を乙に向けた。思いがけず弾丸が飛び出た。弾丸の当たった乙は死亡した。甲は愕然とした。甲は同行者仲間から激しく非難された。甲ら全員が直ちに実行行為を止め、財物を得ることなくその場を立ち去ったという事実。強盗致死の中止未遂成立)。
- (352) 大塚(注89)二六三頁、大谷(注75)三九七頁、川端(注72)四八四頁、山中(注83)七七七頁以下、佐久間(注107)三二九頁。
- (353) 大塚(注89)二六三頁、山中(注83)七七八頁、佐久間(注107)三二九頁以下。これに対して、中止行為自体が他の犯罪を構成するととき、その行為について緊急避難又は期待可能性が考慮される余地を認めるのが、大谷(注75)三九七頁、川端(注72)四八四頁。
- (354) 吉田敏雄『刑法理論の基礎』〔第三版〕二〇一三年・三〇七頁以下。



- (a) Theorie der „goldenen Brücke“
- (b) Rechtstheorien
  - (aa) Unrechtsreduzierungstheorie
  - (bb) Schuldreduzierungstheorie
  - (cc) Unrechts- u. Schuldreduzierungstheorie
- (c) Vereinigungstheorien
- (d) Strafbarkeitsreduzierungstheorie
- (e) Positive Spezialprävention
- 4. Der rechtliche Grund der Privilegierung wegen Rücktritts und seine systematische Einordnung (Band 49, Nr. 2)
- II Rücktritts-unfähigkeit und Rücktritt
  - 1. Fehlgeschlagener Versuch und Misslungener Versuch
    - (A) Fehlgeschlagener Versuch
    - (B) Fehlschlag trotz Fortsetzungsmöglichkeit?
    - (C) Misslungener Versuch
  - 2. Rücktritt vom unbeendeten Versuch, auch wenn der Täter sein außertatbestandliches Handlungsziel erreicht hat?
- III Die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch
  - 1. Theorienstreit
  - 2. Die Zeitpunkt, in dem es auf die Vorstellung des Täters vom Stand seiner Versuchstat ankommt (Band 49, Nr 3)
- IV Voraussetzungen des Rücktritts
  - 1. Freiwilligkeit
  - 2. Rücktrittshandlungen
    - A Der unbeendete Versuch (Band 49, Nr. 4)
    - B Der beendete Versuch
- V Putativrücktritt
  - (a) Geschichte
  - (b) Beendeter untauglicher Versuch
  - (c) Misslungener Versuch
  - (d) Abbrechung der Kausalität
  - (e) Objektive Zurechnung
  - (f) Freiwilligkeit und ernstliches Bemühen
- VI Rücktritt von der Vorbereitung
- VII Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Delikt
- VIII Rechtsfolge des Rücktritts (Band 50, Nr. 1)

Zweiter Kapitel Untauglicher Versuch

I Kriterien der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

(A) Lehre im deutschsprachigen Raum

- (a) Die subjektiven Theorien
- (b) Die objektiven Theorien
- (c) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

(B) Die gesetzliche Regelung

- (a) Deutschland
- (b) Österreich
- (c) Die Schweiz

(C) Theorienstreit in Japan

- (a) Die reine subjektive Theorie
- (b) Die Theorie der subjektiven Gefährdung (Die Theorie der abstrakten Gefährdung)
- (c) Die Theorie der konkreten Gefährdung (Die neuere objektive Theorie)
- (d) Die objektive Theorie (Die alte objektive Theorie, Die Theorie des absolut untauglichen und relativ untauglichen Versuchs)
- (e) Die Theorie der Typengefährdung

II Der Begriff der Untauglichkeit des Versuchs

(A) Die Bedeutung der Untauglichkeit des Versuchs

(B) Die Unterscheidung zwischen dem absolut untauglichen Versuch und dem relativ untauglichen Versuchs

III Ursachen des untauglichen Versuchs

(A) Untauglichkeit des Versuchs der Handlung und des Objekts

- (a) Untauglichkeit der Handlung
- (b) Untauglichkeit des Objekts

(B) Untauglichkeit des Subjekts

IV Rechtsprechung

V Wahndelikte

(Band 47, Nr 2)

Dritter Kapitel Rücktritt

I Der rechtliche Grund der Privilegierung wegen Rücktritts

1. Die gesetzlichen Regelungen im deutschsprachigen Raum

2. Theorienstreit in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft

- (a) Rechtstheorien
- (b) Theorie der „goldenen Brücke“
- (c) Die Prämien-, Gnaden- bzw. Verdienstlichkeitstheorie
- (d) Strafzweckorientierte Theorien
- (e) Schuldertfüllungstheorie
- (f) Kompensationstheorie

3. Theorienstreit in der japanischen Strafrechtswissenschaft

- (A) Lehren
  - (a) Die (rein) subjektive Theorie
  - (b) Die objektive Theorie
    - (aa) Die handlungsunwertorientierte objektive Theorie
    - (bb) Die Erfolgswertorientierte objektive Theorie
  - (B) Der Strafgrund des Versuchs
- III Tatbestandmäßigkeit
  - 1. Subjektiver Tatbestand
    - (a) Tatplan
    - (b) Entschluß
    - (c) Vorsatz
  - 2. Objektiver Tatbestand
    - (A) Situation im deutschsprachigen Raum
      - (a) Die formell-objektive Theorie oder Tatbestandstheorie
      - (b) Die materiell-objektive Theorie
      - (c) Die subjektive Theorie
      - (d) Die subjektiv-objektive Theorie oder individuell-objektive Theorie
      - (e) Rechtsprechung
      - (f) Die konkretisierte Teilaktstheorie (*Roxins* Lehre)
    - (B) Lehren in Japan
      - (a) Die subjektive Theorie
      - (b) Die objektive Theorie
        - (aa) Die formell-objektive Theorie oder Tatbestandstheorie
        - (bb) Die handlungswertorientierte materiell-objektive Theorie
        - (cc) Die Erfolgswertorientierte materiell-objektive Theorie
      - (c) Die eklektische Theorie
        - (aa) Die subjektiv-objektive Theorie
        - (bb) Die objektiv-subjektive Theorie (Band 46, Nr. 2)
    - (C) Die Versuchshandlung (Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch)
      - (a) Ausführungshandlung
      - (b) Ausführungsnahe Handlung
      - (c) Fälle (Band 46, Nr. 3/4)
    - (D) Mittelbare Täterschaft
    - (E) Erfolgsqualifizierte Delikte
  - 3. Objektive Zurechnung
- IV Rechtswidrigkeit
- V Schuld (Band 47, Nr. 1)

## Versuch und Rücktritt (9 • Schluss)

Toshio YOSHIDA

### Erster Kapitel Versuch

#### I Der Begriff des Versuchs

#### II Der Strafgrund des Versuchs

##### 1. Situation in Deutschland

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

###### (a) Die objektiven Theorien

###### (aa) Die ältere objektive Theorie

###### (bb) Die neuere objektive Theorie (Die neuere Gefährlichkeitstheorie)

###### (cc) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

###### (dd) Die moderne neue objektive Theorie

###### (b) Die subjektiven Theorien

###### (aa) Die reine subjektive Theorie

###### (bb) Die an der Gefährlichkeit des Täters orientierte Theorie (Die Täterstheorie)

###### (cc) Die Theorie des Expressiv-Werdens eines Normbruchs

###### (c) Die Eindruckstheorie

###### (d) Die Vereinigungstheorie

###### (e) Andere neuere Theorien

###### (aa) Die dualistische Theorie, die im Unrechtsgehalt zwei Formen des Versuchs unterscheidet

###### (bb) Die Theorie des Verletzung des Anerkennungsverhältnisses

###### (cc) Die echt subjektiv-objektive Theorie

###### (dd) Die Lehre, die die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für verfassungswidrig hält

###### (ee) Die Lehre des auf Kant und Fichte berufenen Versuchsunrechts

##### 2. Situation in Österreich

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

##### 3. Situation in der Schweiz

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

(Band 46, Nr. 1)

##### 4. Situation in Japan